

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur

GILSON, Steve; Rosier, Karen

*Published in:*  
Revue régionale de droit

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

GILSON, S & Rosier, K 2006, 'Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur: la délicate application du congé pour motif grave et de la CCT 81, note sous C. trav. Liège, 20 mars 2006', *Revue régionale de droit*, Numéro 118, p. 89-101.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

dommage patrimonial –, démontrer qu'avoir intenté la procédure constitue une faute dans le chef du demandeur – un comportement qui n'aurait pas été celui de tout autre homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances –, lui imposant ainsi, après avoir assumé victorieusement sa défense au fond, de faire une seconde démonstration, que le premier justiciable dans la première hypothèse ne doit pas faire, celle de la faute du demandeur qui a introduit une procédure judiciaire non fondée, le seul fait d'avoir intenté une procédure judiciaire non fondée n'étant pas constitutif d'une faute».

PAR CES MOTIFS,

(dispositif conforme aux motifs).

## DROIT SOCIAL

---

### Cour du travail de Liège

20 mars 2006

---

Sièg.: M. Havenith, prés. ff.; MM. Scheen et Hoens, cons. soc.

Plaid.: MMes Kerstenne, Gavage et Godfroid.

(D. c/ SA Expro)

**CONTRAT DE TRAVAIL – EMPLOYE – Motif grave – Licéité de la preuve – CCT 81 – Précision de la notification des motifs.**

*L'employeur qui découvre par hasard dans la messagerie interne de l'entreprise un échange de mails entre deux travailleurs ayant accès à son système, qui évoque la possibilité d'introduire un virus dans ledit système, se trouve dans une situation visée à l'article 4, 3° de la CCT n° 81 du 26 avril 2002 et par conséquent est en droit d'accéder à la messagerie de ces travailleurs afin de procéder à un contrôle des données échangées entre eux.*

*Seuls les faits notifiés dans les formes et le délai prévus par la loi peuvent être retenus comme constitutifs du motif grave.*

*Dès lors qu'il s'agit d'un fait isolé, le fait pour un travailleur d'adresser à un de ses collègues 87 messages informatiques, au rythme d'un message toutes les 5 à 10 minutes, messages au contenu inepte, grossier ou sexuellement connoté, est une faute sans cependant atteindre le caractère intrinsèquement grave que doit revêtir la faute au sens de l'article 35 de la loi.*

LA COUR,

## I. Recevabilité de l'appel

Il n'apparaît d'aucune pièce portée à la connaissance de la Cour que le jugement dont appel, prononcé le 28 février 2005, ait fait l'objet d'une signification.

La requête d'appel a été déposée au greffe de la Cour le 15 mars 2005.

L'appel, régulier en la forme et introduit dans le délai légal, est recevable.

## II. Les faits

Monsieur D. a été engagé par la SA en qualité de technico-commercial dans les liens d'un contrat de travail d'employé à durée indéterminée constaté par écrit du 17 mars 2003.

Monsieur D. a été licencié pour motif grave par envoi recommandé en date du 12 septembre 2003.

Par courrier recommandé du 15 septembre 2003 le motif grave invoqué lui a été notifié dans les termes suivants:

«En effet, nous avons constaté l'usage abusif des outils informatiques que nous avions mis à votre disposition dans le cadre du travail et qui ont été utilisés de façon intensive à des fins personnelles pendant les heures de travail».

Par procès-verbal de comparution volontaire déposé le 25 mai 2004, Monsieur D. a contesté le motif grave invoqué et a sollicité condamnation de la SA à lui payer une indemnité compensatoire de préavis équivalente à trois mois de rémunération soit 7.106 €.

Par ses conclusions déposées le 23 décembre 2004, la SA a introduit une demande reconventionnelle et a sollicité la condamnation de Monsieur D. à lui payer la somme de 500 € à titre de dommages et intérêts réparant la perte de rentabilité pendant les périodes où Monsieur D. échangeait des messages informatiques.

## III. Le jugement dont appel

Le premier juge dit la demande principale recevable mais non fondée et dit la demande reconventionnelle irrecevable.

Le premier juge retient tout d'abord que les délais visés à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 ont été respectés, les messages informatiques invoqués pour établir l'usage abusif des outils informatiques ayant été émis le 10 septembre 2003 alors que le licenciement intervient le 11 septembre 2003.

Le premier juge estime que les messages informatiques déposés par l'employeur pour preuve du motif grave invoqué ont été recueillis dans le respect des dispositions de la CCT n° 81 du 26 avril 2002, un premier message faisant état de l'introduction d'un virus dans le système informatique de l'entreprise ayant été révélé par effet de hasard et sans recherche de la part de l'employeur, lequel avait alors le droit, à la lecture d'un tel message, d'exercer un contrôle des données de communication électronique.

Le premier juge estime que l'utilisation intensive à des fins personnelles de l'outil informatique, telle que la preuve en est rapportée, ne permet pas de retenir plus qu'un manque d'application qui ne relève pas d'une faute grave.

Par contre le premier juge estime que la menace de saboter l'outil informatique de l'employeur par l'introduction d'un virus est, vu la liberté accordée à Monsieur D.

et les conséquences qu'un tel acte peut engendrer, constitutive d'une faute telle que l'employeur a pu conclure à bon droit à une rupture irrémédiable et immédiate de la confiance accordée à Monsieur D.; en conséquence le premier juge retient l'existence d'un motif grave qui justifie la rupture immédiate.

Le premier juge considère la demande reconventionnelle comme prescrite en application de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978.

## IV. Critiques et moyens des parties

Monsieur D. articule qu'il n'est pas établi que le licenciement a eu lieu dans les trois jours ouvrables de la connaissance par la SA des faits qu'elle invoque.

Monsieur D. fait également valoir que la lettre de notification du motif grave n'est pas suffisamment détaillée en ce qu'elle ne localise pas dans le temps les faits reprochés de sorte que le Tribunal n'est pas à même de vérifier le respect du délai visé à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978.

Monsieur D. fait valoir qu'il semble que la SA ait consulté sa boîte de courrier électronique en violation des dispositions de la CCT n° 81 du 26 avril 2002, ce qui entache d'irrégularité les pièces produites par la SA pour faire preuve.

Monsieur D. admet avoir commis ce qu'il qualifie de «gamineries» mais conteste la menace d'un sabotage de l'outil informatique, laquelle n'est pas établie.

Il invoque le fait que son comportement procède d'un défoulement lié à une charge de travail extrêmement importante.

La SA fait valoir qu'elle a respecté le délai de trois jours ouvrables visé à l'article 35, alinéa 3 dès lors que les messages dont elle fait état sont émis le 10 septembre 2003 et découvert, le soir même, le licenciement intervenant le 11 septembre 2003 et que, quand bien même il y aurait eu des faits antérieurs identiques il lui appartenait de déterminer à partir de quel moment un tel agissement lui devenait insupportable.

Par ailleurs elle a également respecté le délai de notification du motif grave, le licenciement intervenant le 11 septembre 2003 alors que la notification du motif eut lieu le lundi 15 septembre 2003, le dimanche 14 étant exclu du calcul du délai.

La SA considère que la prise de connaissance des messages informatiques ne constitue pas en l'espèce une violation des dispositions de la CCT n° 81 précitée.

La SA invoque la gravité de la faute qui consiste à pirater un système informatique; elle invoque également le manque d'assiduité au travail de Monsieur D. et conteste l'existence d'heures supplémentaires prestées par Monsieur D.

## V. Discussion

### 5.1. La notion et les éléments du licenciement pour motif grave

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 dispose:

«Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu.

Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins.

Peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé.

A peine de nullité, la notification du motif grave se fait soit par lettre recommandée à la poste, soit par exploit d'huissier de justice.

Cette notification peut également être faite par la remise d'un écrit à l'autre partie.

La signature apposée par cette partie sur le double de cet écrit ne vaut que comme accusé de réception de la notification.

La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité de ce dernier; elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté les délais prévus aux alinéas 3 et 4.

Conformément à la disposition de l'article 35 seuls les faits notifiés dans l'une des formes et le délai prévus par la loi peuvent être retenus comme constitutifs du motif grave; d'autres faits qu'ils soient antérieurs ou postérieurs ne peuvent être pris en considération que pour qualifier ou apprécier ceux qui ont été légalement notifiés.

En l'espèce une notification conforme à l'exigence légale est intervenue dans le délai de trois jours ouvrables qui suivent le congé opéré par l'envoi d'un courrier recommandé le 12 septembre 2003, notification opérée par un courrier recommandé du 15 septembre 2003.

Seuls les faits invoqués dans cette notification du 15 septembre 2003 peuvent être considérés pour être qualifiés, s'il échet, de motif grave.

La SA a la charge de prouver, comme le prévoit l'article 35 dernier alinéa, que les faits invoqués et notifiés lui étaient connus depuis au maximum trois jours ouvrables au moment de la rupture du contrat; il lui incombe en conséquence d'établir le moment où elle a une connaissance suffisante du fait invoqué, c'est-à-dire le moment où elle a «acquis suffisamment de certitude quant à l'existence du fait et des circonstances qui en font un motif grave, pour pouvoir prendre une décision en connaissance de cause, spécialement pour fonder sa propre conviction ainsi qu'à l'égard de la partie licenciée et de la justice» (Cass., 19 mars 2001, Pas., 436 et J.T.T., 2001, p. 249; dans le même sens Cass., 8 novembre 1999, Pas., 1458).

Les faits ainsi notifiés dans le respect des délais et dont la matérialité aura été prouvée par la SA devront ensuite être examinés par la Cour, éclairée le cas échéant d'autres faits prouvés, qui devra apprécier s'ils sont constitutifs de motif grave au sens de l'article 35, alinéa 2, précité.

### 5.2. Les faits notifiés au titre de motif grave et le respect du délai de l'article 35, alinéa 3

La lettre recommandée du 15 septembre 2003 identifie les faits invoqués à titre de motif grave comme étant: «l'usage abusif des outils informatiques que nous avions mis à votre disposition dans le cadre du travail et qui ont été utilisés de façon intensive à des fins personnelles pendant les heures de travail».

Cette notification est précisément pour permettre à Monsieur D. d'identifier ce qui lui est reproché ainsi que pour permettre à la Cour de contrôler l'adéquation des faits prouvés ou offerts à preuve et des faits invoqués au titre de motif grave. L'exigence de précision dans la notification des faits invoqués au titre de

motif grave ne s'étend pas nécessairement à l'indication précise du jour où les faits se sont produits et en l'espèce les seuls faits offerts à preuve se situent de façon précise le 10 mars 2003 ce qui permet à la Cour comme au premier juge de vérifier que le licenciement qui intervient le 12 mars 2003 a bien eu lieu dans le délai de trois jours ouvrables à dater de la connaissance suffisante des faits invoqués.

Y aurait-il eu d'ailleurs des faits de même nature se déroulant antérieurement que comme l'article de façon pertinente la SA ce sont les ultimes manifestations d'un comportement estimé fautif par l'employeur, qui apprécie à quel moment la situation lui devient insupportable, qui doivent être retenus comme constituant le point de départ du délai visé à l'article 35, alinéa 3 de la loi du 3 juillet 1978.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 35 précité, seul le motif consistant dans l'utilisation abusive et à des fins personnelles de l'outil informatique durant les heures de travail pourra être pris en compte comme éventuellement constitutif de motif grave à l'exclusion de tout autre.

### 5.3. De la preuve des faits invoqués à titre de motif grave et de la licéité des modes de preuve

Pour preuve des faits invoqués au titre de motif grave, la SA produit 87 images d'écrans informatiques extraites de deux ordinateurs l'un identifié COMPR et l'autre COMLD travaillant dans un site intitulé «Propriétés de Événement».

Il s'agit d'une messagerie interne à l'entreprise (intranet) permettant la transmission de messages entre les travailleurs de l'entreprise.

L'article 1<sup>er</sup> de la CCT n° 81 du 26 avril 2002 dispose:

«La présente convention collective de travail a pour but de garantir le respect du droit fondamental des travailleurs au respect de leur vie privée dans la relation de travail, en définissant, compte tenu des nécessités d'un bon fonctionnement de l'entreprise, pour quelles finalités et à quelles conditions de proportionnalité et de transparence un contrôle des données de communications électroniques en réseau peut être installé et les modalités dans lesquelles l'individualisation de ces données est autorisée».

La messagerie interne à l'entreprise mise à la disposition des travailleurs pour communiquer entre eux est concernée par les dispositions de cette convention collective en application de l'article 2 de ladite convention.

L'article 4 de ladite CCT autorise le contrôle des données de communication en réseau sous la condition qu'il soit satisfait au principe de finalité et de proportionnalité; en ce qui concerne la finalité, l'article 5 de la CCT permet le contrôle dans le cas où il se justifie par: «3° la sécurité et/ou le bon fonctionnement technique des systèmes informatiques en réseau de l'entreprise, en ce compris le contrôle des coûts y afférents, ainsi que la protection physique des installations de l'entreprise».

Dès lors que, comme en l'espèce, l'employeur a connaissance, de quelque façon que ce soit, d'une possible attaque de son système par un virus, un ver, un cheval de Troie ou autre, ou d'une menace d'une telle attaque, il se trouve incontestablement dans une situation visée à l'article 4, 3° précité qui l'autorise à procéder à un contrôle des données de communication.

En l'espèce en découvrant un échange de message entre deux travailleurs ayant accès à son système qui évoque la possibilité d'introduire un virus dans ledit système, la SA est fondée à procéder à un contrôle des données échangées entre ces travail-



leurs.

On observera qu'il n'y a en l'espèce aucune installation d'un système de contrôle particulier, l'accès à la messagerie interne étant apparemment ouvert à tous, sans code d'accès, la condition de transparence étant totalement respectée; par ailleurs il n'y a en l'espèce aucune violation injustifiée de la vie privée ou de la correspondance.

En conséquence les pièces produites pour faire preuve ont été obtenues par la SA de façon licite et peuvent être prises en compte par la Cour.

#### 5.4. *Appréciation des faits invoqués et notifiés*

Les pièces produites par la SA révèlent que le 10 septembre 2003, Monsieur D. et son collègue Monsieur R. ont échangé, entre 8 h 37 et 16 h 16, 87 messages informatiques, au rythme d'un message toutes les 5 à 10 minutes, messages au contenu inepte, grossier ou sexuellement connoté.

Monsieur D. minimise ce comportement en le qualifiant de gaminerie, car s'il est exact qu'il dénote un manque avéré de maturité et d'éducation de la part de son auteur, il en va d'un manquement à l'obligation essentielle faite au travailleur qui est définie à l'article 17, 1° de la loi du 3 juillet 1978 d'avoir à «exécuter son travail, avec soin, probité et conscience, au temps au lieu et dans les conditions convenues», outre la disposition de l'article 16 de la même loi qui impose au travailleur comme à l'employeur «le respect des convenances et des bonnes mœurs pendant l'exécution du contrat».

En raison du temps considérable consacré par Monsieur D. à ses échanges de messages le 10 septembre 2003 il est évident qu'il n'a pas consacré son temps à exécuter son travail comme il en avait l'obligation, ce qui constitue une faute que n'excuse ni ne justifie en rien le fait que Monsieur D. preste de très longues journées ou travaille dans des conditions quelquefois difficiles.

Cette faute impliquait certainement que Monsieur D. soit sanctionné, mais comme l'a justement apprécié le premier juge, cette faute ne peut être qualifiée d'intrinsèquement grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, notamment par le fait qu'elle apparaît selon ce qui est porté à la connaissance de la Cour comme un fait isolé et qu'il n'est pas démontré qu'elle ait causé un préjudice important à l'entreprise.

La menace d'attaque contre le système informatique de l'entreprise par injection d'un virus est au contraire une faute d'une extrême gravité qui aurait été susceptible de justifier un licenciement pour motif grave si elle avait été notifiée comme le prévoit l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce, la notification du motif grave se limitant à énoncer un usage abusif et à des fins personnelles de l'outil informatique durant les heures de travail.

La Cour considère en conclusion que le fait invoqué et notifié au titre de motif grave, tel qu'il est prouvé, ne constitue pas un motif grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 ce qui emporte comme conséquence que la SA qui a rompu le contrat est redevable de l'indemnité compensatoire de préavis égale à trois mois de rémunération, soit le montant de 7.106 € sollicité par Monsieur D.

PAR CES MOTIFS,

(dispositif conforme aux motifs).

### NOTE

#### Usage par le travailleur à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur : de la délicate application du congé pour motif grave et de la CCT 81

L'arrêt commenté traite de faits simples devenus somme toute assez banals. M.D., employé en qualité de technico-commercial par la SA dans les liens d'un contrat de travail, est licencié pour motif grave le 12 septembre 2003. Son employeur a, en effet, découvert par hasard un message émanant de M.D. traitant de la possibilité d'introduire un virus introduit dans le système informatique de la société suite à quoi il a exercé un contrôle plus poussé et découvert que M.D. échangeait de nombreux e-mails à caractère privé. Il produit devant la cour 87 images d'écran informatique extraites de l'intranet de l'entreprise et révélant que 87 e-mails ont été échangés par deux employés de la SA le 10 septembre 2003 entre 8h37 et 16h16 au rythme d'un envoi toutes les 5 à 10 minutes. Le contenu de ces messages est, aux dires de la Cour, inepte, grossier ou sexuellement connoté.

Le courrier recommandé de licenciement envoyé le 15 septembre 2003 invoque le motif grave suivant à l'appui du licenciement :

«[...] Nous avons constaté l'usage abusif des outils informatiques que nous avons mis à votre disposition dans le cadre du travail et qui ont été utilisés de façon intensive à des fins personnelles pendant les heures de travail».

En première instance, le tribunal de travail de Liège avait considéré que le licenciement et le motif grave avaient été notifiés dans le respect des délais fixés à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail. Il avait également estimé que l'utilisation intensive de l'e-mail ne constituait pas un motif grave mais que, par contre, la menace de l'introduction d'un virus dans le système informatique de l'entreprise était constitutive d'une faute telle que l'employeur avait pu à bon droit conclure à une rupture irrémédiable et immédiate de la confiance accordée à M.D.

Plusieurs points de droit intéressants sont analysés par la Cour dans le cadre de cet arrêt et méritent certains commentaires.

1. La Cour rappelle, sur la base d'une jurisprudence relativement majoritaire, que l'exigence de précision de notification des motifs ne s'étend pas nécessairement à l'indication précise du jour où les faits se sont produits. Il n'y a, en effet, aucune obligation légale de mentionner dans la notification la date à laquelle les faits ont été commis et d'indiquer le jour où l'on en a eu connaissance<sup>1</sup>.

2. La Cour rappelle aussi, à juste titre, que c'est à l'employeur en présence de faute continue de déterminer à partir de quel moment cette faute continue présente le caractère d'un motif grave<sup>2</sup> à condition, à tout le moins, qu'il y ait encore un fait

(1) C.T. Bruxelles, 11 janvier 1978, J.T.T., 1978, p. 201; C.T. Anvers, 23 octobre 1978, R.W., 1978-1979, p. 1299; C.T. Mons, 24 novembre 1993, J.T.T., 1994, p. 73; C.T. Mons, 4 septembre 2000, J.T.T., 2001, p. 87.

(2) C.T. Bruxelles, 23 mars 1983, R.D.S., 1983, p. 301; C.T. Mons, 12 janvier 1987, J.T.T., 1987, p. 284.

reprochable qui persiste dans les trois jours ouvrables avant notification du licenciement<sup>3</sup>.

3. Le fait que la Cour considère que seul le motif mentionné dans la lettre de congé puisse être pris en considération à l'exclusion de tout autre motif nous paraît faire preuve de trop de rigueur. La solution de la Cour peut en effet, être considérée comme relativement sévère pour l'employeur puisqu'il est traditionnellement admis que des faits antérieurs au délai de trois jours, qui ne pourraient plus en tant que tels justifier un congé pour motif grave, peuvent être invoqués pour éclairer la gravité du fait qui est notifié<sup>4</sup> même si ces faits n'ont pas été mentionnés dans la lettre de congé<sup>5</sup> et qu'ils sont étrangers au motif invoqué<sup>6</sup>. La Cour de cassation a, en effet, rappelé à plusieurs reprises que le fait qui justifie le congé sans préavis est celui accompagné de toutes les circonstances qui peuvent lui donner la nature de motif grave<sup>7</sup>.

Il n'est donc pas requis que les faits qui sont invoqués à titre de motif grave, forment déjà une faute grave puisqu'ils peuvent être examinés à la lumière des faits antérieurs<sup>8</sup> qui peuvent leur conférer cette gravité, à condition toutefois, bien évidemment, que les faits pour lesquels le congé est notifié constituent, à tout le moins, une faute<sup>9</sup>. En l'espèce, c'est bien le problème qui était soumis à l'appréciation de la cour puisque la cour considère que les faits notifiés n'ont pas une gravité suffisante mais que d'autres faits antérieurs, s'ils avaient été notifiés, auraient eu la gravité suffisante que pour justifier le renvoi immédiat.

La difficulté réside sans aucun doute dans le fait qu'il s'agit de manquements de nature différente, même s'ils avaient en commun d'être commis à l'occasion de l'utilisation de l'outil informatique. Une partie de la jurisprudence a déjà considéré qu'il devait s'agir de faits de même nature<sup>10</sup> dont la répétition accentuait la gravité<sup>11</sup>. Pourtant, si les faits doivent bien avoir un certain lien<sup>12</sup> – parce qu'ils doivent pouvoir éclairer le juge sur la gravité du motif invoqué –, cela n'implique pas que les faits doivent nécessairement être de même nature<sup>13</sup>. En l'espèce, dès lors, le problème ne nous paraissait pas devoir être résolu sur le plan de la notification du congé.

4. La question de la licéité de preuve apportée par l'employeur en ce qui concerne l'échange intensif d'e-mails pendant la journée du 10 septembre 2003 nous paraissait par contre bien plus problématique que ce que la cour en a considéré.

C'est à notre connaissance une des rares décisions qui se prononcent sur l'ap-

plication de la Convention Collective de Travail n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau (la C.C.T. n° 81). Cette convention, adoptée le 26 avril 2002, a été rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002 et vise à spécifier les conditions dans lesquelles un contrôle peut être effectué par un employeur sur les données de communications électroniques en réseau des employés.

4.1. L'arrêt se fonde exclusivement sur le texte de la CCT n° 81 pour évaluer si oui ou non les contrôles opérés sont licites. Rappelons toutefois que la CCT n° 81 n'est pas le seul texte législatif pertinent lorsqu'il s'agit d'examiner cette question. Nous pensons notamment aux articles 8 de la C.E.D.H., 22 de la Constitution, 109terD de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (loi dite « Belgacom ») et aux dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel restent d'application. Cette loi s'applique dès lors que la prise de connaissance d'un courrier électronique, qu'il s'agisse de données de communications ou du contenu, implique le traitement de données relatif à une personne physique<sup>14</sup>.

La CCT n° 81 permet dans une certaine mesure une prise de connaissance des données de communication des employés. Mais, ce faisant, on ne peut ignorer les autres dispositions applicables en la matière. En particulier, il convient de tenir compte de l'interdiction posée par la loi interdisant à quiconque de prendre connaissance des données de communications sans le consentement de toutes les parties concernées par la communication. Avec O. Rijckaert<sup>15</sup>, nous considérons qu'une convention collective de travail, fût-elle rendue obligatoire par arrêté royal, ne peut déroger à une disposition contenue dans une loi et dont le non-respect est, du reste, sanctionné pénalement. Il est indéniable que l'article 109terD de la loi Belgacom est bien trop rigide pour le monde professionnel puisqu'il n'opère par exemple aucune distinction entre le sort à réserver aux communications électroniques de nature professionnelle et celles à caractère privé, d'où d'innombrables difficultés dans la simple gestion des e-mails en l'absence d'un employé ou d'un fonctionnaire. Il nous semble dès lors qu'une réglementation particulière du contrôle des communications électroniques est certes nécessaire mais qu'elle a été réalisée, en l'occurrence, par un instrument juridique inapproprié<sup>16</sup>.

(3) Cass., 28 mai 2001, J.T.T., 2001, p. 389.

(4) Cass., 16 décembre 1979, J.T.T., 1981, p. 35; Cass., 18 février 1980, J.T.T., 1981, p. 35; Cass., 28 octobre 1987, J.T.T., 1987, p. 494.

(5) Cass., 21 mai 1990, J.T.T., 1990, p. 435.

(6) C.T. Liège, 21 juin 1995, J.T.T., 1996, p. 145.

(7) Cass., 28 novembre 1975; Arrêt Cass., 1978, p. 349; Pas., 1978, Tome I, p. 326; Cass., 16 décembre 1979, J.T.T., 1981, p. 35; Cass., 3 juin 1996, J.T.T., 1996, p. 437.

(8) Cass., 3 juin 1996, J.T.T., 1996, p. 437.

(9) Cass., 27 novembre 1989, Pas., 1990, Tome I, p. 376.

(10) C.T. Bruxelles, 29 juin 1983, J.T.T., 1984, p. 483.

(11) C.T. Bruxelles, 9 juillet 1985, J.T.T., 1985, p. 487.

(12) C.T. Bruxelles, 20 février 1986, Chron. D.S., 1986, p. 270.

(13) Cass., 21 mai 1990, R.W., 1990-1991, p. 703; J.T.T., 1990, note J.-F. Neven.

(14) Voy. à cet égard l'avis d'initiative du 3 avril 2000 de la Commission de la Protection de la Vie Privée relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail, n° 10/2000 accessible sur le site [www.privacy.fgov.be](http://www.privacy.fgov.be); C.T. Bruxelles, 14 décembre 2004, Computerrecht, 2005, p. 31; C. Trav. Bruxelles (3<sup>e</sup> chambre), 8 avril 2003, Chr. D.S., 2005, p. 208.

(15) O. Rijckaert, « Surveillance des travailleurs: nouveaux procédés, multiples contraintes », Orientations, n° spécial 35 ans, mars 2005, p. 43.

(16) L'article 109terD a depuis lors été remplacé par l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Le législateur n'a cependant pas saisi l'occasion pour pallier les nombreux problèmes soulevés en la matière. Tout juste a-t-on cru bon d'ajouter un article 128 permettant l'enregistrement des communications électroniques comme preuve d'une transaction commerciale ou d'une autre communication professionnelle, moyennant information préalable des parties impliquées dans la communication concernant l'enregistrement, les objectifs précis de ce dernier et de la durée de stockage de l'enregistrement. Cette disposition est loin de régler le possible contrôle par l'employeur de l'utilisation faite par les travailleurs des outils de communication.

La Cour évoque donc l'application de cette CCT n° 81 sans faire mention d'autres dispositions, dont l'article 109<sup>ter</sup>D<sup>17</sup> qui restent applicables en l'espèce et condamne toute prise de connaissance des données de communications sans l'accord des travailleurs concernés.

4.2. En ce qui concerne la vérification du respect des exigences de la CCT n° 81 qui conditionnent tout contrôle des données de communications électroniques par l'employeur, la Cour constate que l'article 5 de la CCT n° 81 autorise le contrôle des communications électroniques afin d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement technique des systèmes informatiques.

Si la CCT n° 81 permet un contrôle, son article 4 exige toutefois le respect de certains principes: les principes de finalité (art. 5), de proportionnalité (art. 6) et de transparence (art. 7).

En l'espèce, l'attention de la Cour s'est portée principalement sur le respect du principe de finalité. Elle considère en effet que la finalité du contrôle était autorisée par l'article 5.3 de la CCT n° 81. Cette disposition mentionne effectivement comme finalité autorisée, la sécurité et/ou le bon fonctionnement technique des systèmes informatiques en réseau de l'entreprise, en ce compris le contrôle des coûts y afférents, ainsi que la protection physique des installations de l'entreprise.

Une autre exigence incontournable est cependant à prendre en compte: celle de la transparence. Celle-ci se traduit par l'obligation d'informer préalablement collectivement et individuellement les travailleurs, notamment en ce qui concerne les finalités du contrôle. Il ne suffit dès lors pas que le contrôle ait été motivé par l'une des finalités expressément identifiées dans la convention collective de travail, encore faut-il que celle-ci ait été communiquée au travailleur préalablement au contrôle.

La Cour ne dit cependant mot d'une telle information dans son arrêt, ce qui nous permet de supposer qu'il n'a vraisemblablement pas été vérifié si cette condition a bel et bien été remplie en l'espèce. Pourtant, la Cour admet que l'employeur a exercé un véritable contrôle des données suite à la prise de connaissance par hasard d'un message concernant la possible introduction d'un virus dans le système informatique de l'entreprise.

La Cour semble avoir considéré que cette exigence était remplie du simple fait que la messagerie était accessible à tous, sans code d'accès. Il semble toutefois que même s'il est techniquement possible d'accéder aux e-mails de chacun, cela ne dispense pas de fournir aux travailleurs l'information requise par la CCT n° 81.

Peut-être la Cour considère-t-elle implicitement qu'il n'y a lieu à une information que lors de la mise en place d'un système de surveillance. En effet, l'arrêt signale qu'en l'occurrence, il n'y a pas à proprement parler de «système de surveillance» mis en place par l'employeur. S'il est exact que l'article 7 de la CCT n° 81 prévoit que l'information préalable doit être communiquée avant la mise en place d'un système

de surveillance, il nous apparaît cependant que l'esprit de la convention est de n'autoriser le contrôle des données de communications électroniques que dans le respect de ce principe de transparence, qu'il y ait ou non mise en place d'un système de contrôle. C'est l'interprétation nous paraît soutenue également par le fait que l'employeur est censé définir clairement et de manière explicite la ou les finalités de contrôle en vertu de l'article 5, § 2 de la CCT n° 81, indépendamment des modalités d'information définies à l'article 7. Par ailleurs, en vertu de l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, il y a également lieu d'informer la personne concernée par les données traitées des finalités du traitement<sup>18</sup>. Il nous semble donc qu'en l'espèce, la cour aurait dû vérifier si M.D. était informé des finalités et modalités de contrôles qui pouvaient être exercés concernant son usage de l'e-mail au sein de l'entreprise.

Quant au troisième principe, celui de proportionnalité, il exige que le contrôle n'entraîne pas une ingérence dans la vie privée du travailleur ou, si tel est le cas, que celle-ci soit réduite à un minimum. Sans se référer expressément à ce principe, l'arrêt constate qu'il n'y a eu ni violation de la vie privée ni du secret de la correspondance. Cette considération très laconique ne nous paraît pas convaincante et s'inscrit *a priori* à contre-courant de la jurisprudence récente qui considère généralement que la prise de connaissance d'un courrier électronique, fût-ce dans un contexte professionnel, constitue à tout le moins une violation de la vie privée<sup>19</sup>. Nous ne voyons pas en quoi en l'espèce il est justifié d'affirmer le contraire.

Toujours est-il que la CCT n° 81 n'exige pas qu'il n'y ait pas de violation de la vie privée mais que celle-ci soit réduite à un minimum c'est-à-dire que le contrôle de données ne porte que sur ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de la finalité poursuivie. En l'occurrence, il s'agit du bon fonctionnement technique des systèmes informatiques en réseau de l'entreprise. A cet égard, nous relevons que l'arrêt considère par ailleurs que «*en l'espèce en découvrant un échange de message entre deux travailleurs ayant accès à son système qui évoque la possibilité d'introduire un virus dans ledit système, la SA est fondée à procéder à un contrôle des données échangées entre ces travailleurs*».

4.3. Le raisonnement de la Cour apparaît atteint d'une certaine forme de circularité. En effet, la Cour justifie la possibilité de procéder au contrôle des données de communication par le fait que l'employeur ait connaissance d'une possible attaque de son système par un virus. Or, la Cour relève que c'est en découvrant l'échange de messages entre deux travailleurs ayant accès à son système que l'employeur a pris connaissance de cette menace et serait alors fondé à procéder à un contrôle des

(18) Voy. à cet égard l'avis d'initiative du 3 avril 2000 de la Commission de la Protection de la vie privée relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail, n° 10/2000 accessible sur le site [www.privacy.fgov.be](http://www.privacy.fgov.be).

(19) Voy. à cet égard le recensement effectué par R. Debardemaeker et M. Kokot dans «Protection de la vie privée et contrat de travail», J.T.T., 2006, p. 8 et s. Selon un arrêt de la Cour du travail de Liège du 23 mars 2004, les courriers électroniques ne sont pas à considérer comme de la correspondance mais seraient uniquement protégés par les dispositions garantissant le respect de la vie privée (C. T. Liège, 23 mars 2004. R.R.D., p. 77 et 78).

(17) L'espèce commentée est antérieure à l'adoption de la loi du 13 juin 2005.

données ... Le fait que le premier message ait été découvert par l'effet du hasard, «sans recherche de la part de l'employeur», apparaît relativement curieux. En toute hypothèse, c'est à tort que la Cour relève qu'importe peu la façon dont l'employeur a eu connaissance de la menace de l'attaque puisqu'il s'agit en fait de la première indiscrétion de l'employeur concernant des données personnelles.

4.4. Enfin, il nous faut constater que ce ne sont pas exclusivement les données de communication (telle l'adresse électronique de l'expéditeur ou du destinataire, l'heure de l'envoi, la taille des éventuelles annexes, etc) qui ont été produites devant la Cour suite au contrôle exercé par la SA mais apparemment l'intégralité des messages échangés. En effet, la Cour relève dans son arrêt que «les pièces produites par la SA révèlent que le 10 septembre 2003 Monsieur D. et son collègue Monsieur R. ont échangé, entre 8h37 et 16h16, 87 messages informatiques, au rythme d'un message toutes les 5 à 10 minutes, messages au contenu inepte, grossier ou sexuellement connoté».

Or la CCT n° 81 ne porte que sur le contrôle des données de communication et non sur le contenu des communications comme il résulte de son article 1, § 1. Le contrôle de légalité concernant l'obtention de la preuve de l'e-mail est réalisé exclusivement au regard de la CCT n° 81. En ce qui concerne la légalité de la production de ce contenu, il y a lieu de se référer à l'article 314bis du Code pénal (par ailleurs non abrogé par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques). Aux termes de cette disposition, il est interdit de prendre connaissance du contenu d'une communication électronique durant sa transmission sans l'accord de tous les participants. Nous ignorons comment le contrôle a été exécuté. Nous ne pouvons que supposer que lesdits messages n'ont pas été interceptés durant leur transmission dès lors que la Cour pointe expressément le fait que la messagerie est accessible à tous, laissant entendre que c'est par ce biais que les courriers ont été obtenus.

4.5. Ces considérations nous amènent à penser qu'il y avait en l'espèce matière à sérieuse discussion concernant la licéité de la preuve ainsi apportée à la Cour pour fonder le motif grave. En effet, il est généralement admis qu'une preuve obtenue en violation des dispositions légales en vigueur a pour conséquence qu'elle ne peut être reçue<sup>20</sup>. Ce principe a toutefois été récemment assoupli par la Cour de cassation dans un cas d'espèce où était justement en cause l'obtention d'une preuve en violation d'une convention collective de travail<sup>21</sup>. Un employeur avait filmé une employée qu'il soupçonnait de vol à son insu en s'abstenant de fournir l'information préalable requise par l'article 9 de la CCT n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail. La Cour avait décidé en l'espèce qu'il appartenait au juge d'apprécier l'irrégularité des moyens de preuve produits aux débats dès lors que le non-respect de l'obligation préalable

(20) Voy. notamment: C.T. Gand, 22 octobre 2001, J.T.T., 2002, p. 41; T.T. Verviers, 20 mars 2002, J.T.T., 2002, p. 183; T.T. Hasselt, 21 octobre 2002, Chron. D.S., 2003, p. 197; C.T. Bruxelles, 8 avril 2003, Chron. D.S., 2005, p. 208; C.T. Anvers, 1<sup>er</sup> octobre 2003, J.T.T., 2004, p. 510; C.T. Bruxelles, n° 44.002, 10 février 2004, Orientations, 2004, p. 28; C.T. Bruxelles, 14 décembre 2004, Computerrecht, 2005, p. 47.

(21) Cass., 2 mars 2005, J.T., 2005, p. 211 et J.L.M.B., p. 2005, p. 1086, note M.-A. Beemaert.

d'information n'était pas sanctionné de nullité. Il s'agit cependant d'un litige en matière pénale.

5. Il demeure enfin, indépendamment de la question de la licéité de la preuve, le problème de la gravité du motif notifié. Il nous semble que le fait qu'un travailleur ait échangé sur une journée 87 messages informatiques au rythme d'un message toutes les 5 à 10 minutes n'est pas une faute anodine même si elle doit être replacée dans son contexte qui semble occasionnel. Il n'est pas requis, à cet égard, que l'employeur ait subi un dommage<sup>22</sup> même si rien n'empêche le juge de vérifier dans son appréciation s'il y a un préjudice qui a été causé<sup>23</sup>. Toutefois, en l'espèce, il est incontestable qu'il y a un dommage lié à l'inactivité du travailleur. La Cour n'y voit toutefois pas motif grave notamment du fait du caractère occasionnel. Cette tendance à l'exigence d'une répétition dans le comportement est assez présente dans la jurisprudence<sup>24</sup>. Il faut sans doute y voir une exigence de proportionnalité dans l'usage de cette sanction très lourde qu'est le motif grave mais aussi le fait que l'usage de l'outil informatique à des fins privées sur les lieux de travail est en passe d'entrer dans les mœurs. Cela traduit certainement une forme de compréhension de la mutation du rapport salarial: si le travailleur est fréquemment amené à se voir demander d'effectuer des prestations de son domicile ou de répondre à des courriels professionnels, une tolérance s'installe sur le fait que pendant les heures de bureau, le travailleur soit aussi susceptible d'effectuer un certain nombre d'autres tâches à des fins privées.

Karen ROSIER,

Assistante aux FUND.P. et chercheuse au Crid,  
Avocat au Barreau de Namur

Steve GILSON,

Assistant à la Faculté de Droit de l'U.C.L.,  
Chargé de cours à l'I.C.H.E.C. et au C.P.F.B.,  
Avocat au Barreau de Namur

(22) Cass., 9 mars 1987, J.T.T., 1987, p. 128; Cass., 6 mars 1995, J.T.T., 1995, p. 281, note CW.

(23) Cass., 28 avril 1997, R.W., 1997-1998, p. 441.

(24) Voy. à cet égard T.T. Bruxelles, 6 septembre 2001, J.T.T., 2002, p. 52 (pour un travailleur qui avait consulté, durant une longue période, des sites boursiers sans rapport avec son travail où le Tribunal a considéré qu'il s'agit d'un motif grave mais en retenant que cela s'était passé sur une période de plus de quinze jours, le temps global avait été de plus de 70 heures); C.T. Anvers, 8 janvier 2003, Chron. D.S., 2003, p. 193 (où la Cour retient le motif grave pour les faits d'un travailleur qui avait envoyé des messages érotiques par voie de courriels à des personnes tout à fait extérieures mais suite à la persistance de ce comportement, après mise en demeure), C.T. Gand, 22 octobre 2001, J.T.T., 2002, p. 41 (qui considère que l'utilisation par un cadre d'un GSM ou d'un ordinateur professionnel à des fins privées, sans qu'il ne lui ait été interdit auparavant, n'est pas un motif grave de licenciement).